

# LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Edwin Camilo Meléndez Páez

Universidad Militar Nueva Granada

Especialización en Derecho Sancionatorio

# LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION EN EL DERECHO DISCIPLINARIO\*1

EDWIN CAMILO MELENDEZ PAEZ\*\*2

## RESUMEN

El principio de proporcionalidad en materia disciplinaria en Colombia, se muestra un tanto difícil de comprender, toda vez que en los fallos de los operadores disciplinarios se permean aspectos meramente subjetivos y en algunas ocasiones temas políticos que denotan claramente inseguridad jurídica respecto de la jurisdicción disciplinaria. Como un claro ejemplo de estas apreciaciones tenemos los fallos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que en muchas ocasiones son veredictos finales de una lucha de poderes, que traen como consecuencia decisiones muchas veces injustas, en vista que las sanciones son el resultado de los caprichos de algunos o la inexperiencia de otros.

El principio de proporcionalidad en la sanción disciplinaria en Colombia debería ir de la mano con el principio de legalidad, como en varias ocasiones se ha logrado destacar en varias sentencias de las altas cortes y fallos de la Procuraduría General de la Nación.

---

1 El presente artículo tiene como fin proponer una crítica a la proporcionalidad en la sanción del derecho disciplinario. Se hace como trabajo final para obtener el título de especialista en DERECHO sancionatorio de la UMNG

2 Abogado egresado de la UMNG

## PALABRAS CLAVE

Función Pública, Servidor Público, Operador Disciplinario, Relaciones especiales de Sujeción, Culpabilidad,

## THE PROPORTION OF DISCIPLINARY SANCTION IN LAW

## ABSTRACT

The principle of proportionality in disciplinary matters in Colombia, is sample un both difficult to understand, since in the failures of disciplinary Operators pervade: purely subjective and sometimes political issues strongly suggest legal uncertainty regarding Disciplinary Jurisdiction. As a clear example of these findings have disciplinary failures Members of the Armed Forces and the National Police, which in many occasions verdicts son ends of a power struggle, they bring that as a result f decisions often unfair, room view Sanctions that the son m a result of the whims of some adj or inexperience of Others.

The principle of proportionality in disciplinary sanction in Colombia should go hand in hand with the principle of legality, as on several occasions has managed to stand out in the judgments Several of the High Courts and failures of the Attorney General's Office.

## KEYWORDS

Public Service, Public Servant , Disciplinary Operator Restraint Special relations  
Guilt

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como finalidad proponer un debate sobre la importancia que tiene la proporcionalidad de la sanción en el derecho disciplinario como última medida para proteger la función pública, todo esto sin afectar la dignidad del disciplinado, pero si con la absoluta certeza de corregir los errores cometidos por los funcionarios y encausar la administración del Estado siguiendo los parámetros establecidos en la Constitución Política de Colombia.

Como objetivo fundamental se pretende estudiar los fines de la proporcionalidad en la sanción como principio fundamental del derecho disciplinario, el motivo de estudio se basa en la necesidad que tiene el operador disciplinario para imponer una sanción ajustada a la falta cometida y validando siempre las condiciones que llevaron al sujeto activo de la conducta reprochable son merecedoras de la imposición de un correctivo adecuado, evitando así que en las revisiones hechas por las autoridades judiciales de lo contencioso administrativo no sean diferentes a las emitidas por el ente sancionador.

Como herramientas para dicha exposición propondremos como punto de partida (i) una descripción del desarrollo legal de la proporcionalidad sancionatoria en materia disciplinaria, así como una revisión de la jurisprudencia colombiana, teniendo como

propósito determinar los desarrollos doctrinarios que se implementan en los procesos jurídicos colombianos, siguiendo con un análisis del principio para las Fuerzas Militares, para continuar con un análisis crítico del principio, para finalizar con algunas conclusiones que se relacionan con la reflexión sobre cada una de las actuaciones del proceso disciplinario que dirigen al ente sancionador a determinar el correctivo apropiado para la falta cometida.

## **1. Proporcionalidad en el derecho disciplinario en Colombia.**

El principio de proporcionalidad y su implementación, ha sido el origen de complejos debates, desde aquí que surjan tendencias que consideran su adopción debe darse de manera directa porque lo consideran “neutral, potencialmente racional y contiene la posibilidad de hacer que el concepto jurídico de derechos sea el mejor posible”,[3].

A partir de estas posturas, autores como Betty [4] consideran este principio como un criterio universal de constitucionalidad además de la máxima expresión del Estado de Derecho. De forma complementaria, Alexy considera este principio como la “única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones” [5].

Por otra parte el principio de proporcionalidad ha tenido detractores en autores como Tsakyrakis, quien sostiene que este principio atropella los derechos humanos y es

---

3 Bernal Pulido, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, 4.<sup>a</sup> ed. Universidad Externado de Colombia, 2014. 1138pgs. Pg. 32

4 Ibídem, pg 32

5 Alexy R. A Theory of Constitutional Rights, Oxford University, 2002, p. 74. Citado por Bernal Pulido, pg 33

un “camino equivocado para quienes buscan precisión y objetividad” [6], en este mismo camino algunos autores consideran que la ponderación de éste principio, desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones al ejercicio del poder público [7], en este sentido autores como Habermas sostienen que la proporcionalidad vulnera la firmeza de los Derechos Fundamentales dado que en ocasiones tienen que ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos, [8].

Para el caso colombiano el principio de proporcionalidad se encuentra regulado en los siguientes desarrollos normativos: en la Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 94. Proporcionalidad. “No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios”. Así mismo en el Código Contencioso Administrativo. Artículo 36 (Decreto 01 de 1984). Decisiones discrecionales: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. En tercer lugar en el Código Penal (Ley 599 de 2000), Artículo 3º. Principios de las Sanciones Penales: “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad...”. En cuarto lugar en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), Artículo 18: Proporcionalidad. “La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley”. Así mismo el Decreto 1798 de 2000 (Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional). Artículo 18: Proporcionalidad. “La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija este decreto”. Como puede observarse, la

---

6 Tsakyrakis, S. “Proportionality: An assault on human rights”, en I.CON (3) 7 (2009), p. 468

7 Bernal Pulido, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, .p. 33

8 Ibídem p. 34

normativa legal, que recoge el principio de proporcionalidad en Colombia es dicente respecto de la preocupación del poder legislativo en regular legalmente el principio [9]

Al margen de estos debates es indudable que el principio de proporcionalidad es central en el fundamento del constitucionalismo moderno y cuyo desarrollo doctrinal es importante, en particular por su relación con el Derecho administrativo porque presenta referentes del contenido del principio de la proporcionalidad y en la potestad sancionadora de la administración a uno de aquellos espacios más importantes para su aplicación práctica en la defensa y protección de los derechos fundamentales, [10]. De esta forma es importante iniciar estableciendo que el principio sancionador debe establecer claramente cuáles son los límites de la autonomía sancionatoria del estado. Debe exigirse entonces a la autoridad sancionatoria la prohibición de sanciones y castigos excesivos, con el fin de mostrar respeto y seguir las corrientes del principio de proporcionalidad [11].

Así las cosas debe tratarse como un valor efectivo de justicia como fundamento principal del ordenamiento punitivo, a tal medida que la represión disciplinaria de un hecho que afecte el transcurso normal de la administración guarde equilibrio con la infracción cometida por el servidor público y no exista diferencia entre actuaciones y sanciones a similares faltas y sujetos del derecho disciplinario.

Es pertinente para el estudio de la proporcionalidad de la sanción disciplinaria, referirnos al principio de legalidad consagrado en el artículo 4° del Código Disciplinario

---

9 Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen II. Obra Colectiva. 2007. Imprenta Nacional, Bogotá.

10 Tirado Barrera J, "Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional", en: Revista Derecho Público N° 67, 2011.

11 El principio de proporcionalidad tiene dos manifestaciones o momentos en derecho sancionador: en su determinación normativa (tipicidad) y en la imposición de sanciones. En este mismo sentido, MARÍA DEL ROCÍO ANDRÉS PÉREZ. *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 13. BELÉN MARINA JALVO. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos – Fundamentos y regulación sustantiva*, Tercera Edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp 243-246.

Único, que recoge los preceptos del artículo 29 Constitucional, que nos exige una preexistencia de las faltas a las que se podrá enfrentar el servidor público, así como sus posibles sanciones por el quebrantamiento de las normas, razón ésta que nos deja apreciar que debe existir proporcionalidad en el mismo principio de legalidad.

Para hablar de proporcionalidad no podemos dejar atrás el artículo 18 de la ley 734 de 2002 que desarrolla el principio y que me permito mencionar: ***“Artículo 18. Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.”***

Acudiendo a la interpretación del artículo, podemos decir que la sanción impuesta al sujeto disciplinable debe guardar estrecha relación con la falta cometida, es fundamental relacionar el artículo 18 del Código Disciplinario Único con la preexistencia de la falta y más aún con la preexistencia de la sanción disciplinaria. En este estricto sentido debe ser sancionado el funcionario público, no debemos dejar permear el escenario disciplinario con la actualidad política del estado esto para los funcionarios cobijados con la ley 732 de 2002, o con aspectos personales o de jerarquías castrenses como lo podrían asumir los beneficiarios de las leyes 836 de 2003 y 1015 de 2006, estatutos propios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional respectivamente.

Los estatutos disciplinarios nos traen los criterios por los cuales se deben clasificar las faltas disciplinarias y por ende las sanciones, distinguiendo las faltas como leves, graves y gravísimas, con criterios de graduación establecidos por la legislación disciplinaria con el fin de identificar si la misma fue leve o grave puesto que las gravísimas



aparecen de manera expresa en el Código Disciplinario Único en el artículo 48 con un amplio listado de faltas que pudieren cometer los funcionarios de la administración[12]

## **2. Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia y doctrina Colombiana**

En el desarrollo doctrinario del principio de proporcionalidad es posible determinar unos aspectos básicos, por ejemplo en sus elementos que entendidos en sentido amplio o genérico, se integra o compone de tres elementos o como dice la doctrina “subprincipios”, a saber: a) el de utilidad o adecuación. b) el de la necesidad o indispensabilidad. c) el de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de los subprincipios enunciados y que integra el principio de proporcionalidad requiere un análisis concreto al momento de su aplicación y que exige un enjuiciamiento de la sanción administrativa a imponer desde varios puntos de vista, [13].

---

12 De los regímenes disciplinarios existentes en Colombia, además de la Ley 734 de 2002, son dos las leyes que consagran de forma expresa el principio de proporcionalidad, ellas son las 1015 de 2006 y 1123 de 2007, que en su orden señalan: “Artículo 17. *Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.*” “Artículo 13. *Criterios para la graduación de la sanción. La imposición de cualquier sanción disciplinaria deberá responder a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.*” Revisada los regímenes disciplinarios de Latinoamérica, se observa que Uruguay incluye el principio de proporcionalidad dentro del ejercicio de la potestad disciplinaria, en la Ley 19.121 del 28/08/2013: “Artículo 71 (*Principios generales*).- *La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo a los siguientes principios: - (...) De proporcionalidad o adecuación. De acuerdo con el cual la sanción debe ser proporcional o adecuada en relación con la falta cometida.*” De otro lado, países europeos como España, lo incluye en el Estatuto Básico del Empleado Público, contenido en la conocida Ley 7 de 12 de abril de 2007, así: “Artículo 94. *Ejercicio de la potestad disciplinaria. [...] 2. La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.*”

13 Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen II. Obra Colectiva. 2007. Imprenta Nacional, Bogotá.

En primer lugar la sanción administrativa que se cuestiona ha de ser idónea en relación con el fin que se persigue, esto es, *“se requiere que al menos la medida facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (es lo que la doctrina llama juicio de necesidad)”*, [14].

En segundo lugar, la medida o sanción (administrativa) ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios coercitivos con que dispone la Administración, no solo en el sentido de que ha de comprobarse si la acción disciplinaria o sancionatoria se justifica en razón del fin que se persigue, sino además constatar que *“la medida o sanción es imprescindible, porque no hay otra más suave o moderada para tal propósito (la doctrina lo denomina juicio de indispensabilidad) y en tercer lugar, la sanción ha de ser proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre los bienes o derechos en conflicto”*[15].

De acuerdo a lo anterior, ha de tenerse en cuenta la adecuación y la proporcionalidad en el sentido estricto para determinar en los casos concretos, la violación al principio de proporcionalidad por parte de la Administración en la imposición de una sanción o en una medida tendiente a restringir o limitar derechos constitucionales fundamentales.

Estudiando la jurisprudencia Colombiana a partir del año 1991 encontramos un desarrollo jurisprudencial extenso que se interesa por explicar la evolución del principio de proporcionalidad en materia penal, incluso en materia disciplinaria, donde se deja claro que el poder punitivo del estado debe seguir los límites propios del principio de proporcionalidad.

La sentencia C-591 de 1993, de la Corte Constitucional Colombiana, indicó que queda a discrecionalidad del juzgador la aplicación de la pena consagrada en la ley,

---

14 Ibidem p. 62

15 Ibidem, p. 62

teniendo como base el grado de culpabilidad del individuo. Siendo el derecho penal el símil más próximo al derecho administrativo, el juzgador disciplinario debe sustentar la sanción en el grado de culpabilidad y la ley, de esta forma el principio de proporcionalidad no se ve disminuido.

La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad - que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley (CP art. 230) - es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa. El actor, desde luego, no puede referirse a este examen individual de la sanción disciplinaria que se desenvuelve en el campo de la pura legalidad.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en la Sentencia C-872/03, en donde sostienen que *“El principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”*,[16].

De acuerdo a esto se debe analizar si las medidas que se toman considerando el principio de proporcionalidad es susceptible de seguir el objetivo propuesto con lo cual se constituye el juicio de idoneidad; si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia,

---

16 Corte Constitucional, Sentencia C-872/03. Magistrada Ponente. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. 30 de Septiembre 2003

es decir el juicio de necesidad; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios con lo que se constituye el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Para ampliar la descripción de la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional ha desarrollado en la Sentencia T-772/03, que las autoridades policivas deben observar el principio de proporcionalidad con medidas adecuadas a los fines que se persiguen y la gravedad de las circunstancias, siendo de esta forma que *“La proporcionalidad, definida como una relación de adecuación entre los medios aplicados por las autoridades de policía y los fines que éstas buscan, se manifiesta tanto al nivel del poder de policía –puesto que las normas expedidas en virtud de éste deben prever respuestas proporcionales ante las situaciones que pongan en peligro o afecten el orden público-, como al nivel de la función y actividad de policía –que únicamente podrán concretar y ejecutar, respectivamente, los mandatos del poder de policía, en forma proporcional, según las circunstancias que deban afrontar”*. [17].

Frente a la finalidad del principio de proporcionalidad en derecho sancionador, la Sentencia C-796/04 señala que , *“a partir de su conexidad con los principios de legalidad y tipicidad, el mismo busca que la conducta ilícita adoptada por el legislador no solo tenga un claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo, de manera que éste quede protegido “de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”*. Reiterando lo dicho por esta Corte, la proporcionalidad *“sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”*, [18].

---

17 Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-796 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

Sobre el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, la Corte Constitucional en la Sentencia C-721 del 2015, señala que éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma , los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

*“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen” [19].*

En las anteriores Sentencias se evidencia que la Corte Constitucional ha desarrollado doctrina sobre el principio de proporcionalidad, en lo que se refiere a la finalidad, los presupuestos, conceptos, ámbito de aplicación, rasgos esenciales, que le han permitido exponer ampliamente su jurisprudencia.

### **3. Principio de proporcionalidad en el régimen de las Fuerzas militares**

---

19 Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015. Magistrado Ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En la Sentencia 431 del 2004 [20], la Corte Constitucional reitera que el artículo 217 de la Constitución establece un régimen disciplinario especial para las fuerzas militares, reiterando que lo especial de este régimen, frente al general aplicable al resto de los servidores públicos, consiste en la consagración de una serie de faltas y sus correspondientes sanciones, que resultan diferentes de las que pueden imponerse a la generalidad de los servidores públicos, lo cual se justifica por las especiales actividades que les corresponde cumplir a los miembros de las fuerzas militares. Señala que lo anterior no impide en ningún caso que estos servidores estén sometidos igualmente al régimen disciplinario general que rige para el resto de los funcionarios.[21].

Reafirma igualmente, como lo ha hecho en anteriores pronunciamientos, que lo especial recae en la parte sustantiva, esto es, en el catálogo de faltas y de sanciones, pero no en el aspecto procesal, es decir en lo que tiene que ver con la ritualidad en el procedimiento para aclarar las actuaciones, en la investigación y en el pronunciamiento de la decisión a la que haya lugar, en donde les son aplicables las normas generales de procedimiento. Insiste en que el régimen especial no puede ser para cualquier tipo de falta, sino únicamente para aquellas relacionadas con la función militar, cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales fuerzas. Dentro de este entendido, señala también que los regímenes disciplinarios no pueden elevar a la categoría de falta cualquier comportamiento, sino exclusivamente los que afectan los deberes funcionales que tienen asignados como servidores públicos, [22].

Es así que el ejercicio de las actividades propias de las Fuerzas Militares ha supuesto en el ámbito jurídico el desarrollo de debates de complejos alrededor de la interpretación del principio de proporcionalidad. Así como lo menciona el observatorio del Derecho Internacional Humanitario *“La determinación del contenido y alcance de esta*

---

20 Corte Constitucional. Sentencia C – 431 – 04. M.P. Marco Gerardo Monroy C.

21 Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen II. Obra Colectiva. 2007. Imprenta Nacional, Bogotá.

22 Ibidem, p. 102

*específica regla, se complejiza en la medida en que los instrumentos de ambos cuerpos normativos emplean idéntica denominación a este principio regulador del empleo de las armas de fuego que incide directa y necesariamente en el grado de fuerza jurídicamente permitido, tanto para el funcionario encargado de hacer cumplir la ley como para quien tome parte en las hostilidades en el marco de un conflicto armado de cualquier tipo”. [23].*

Estas acciones se rigen sobre principios constitucionales, garantías legales y reglas disciplinarias para las fuerzas militares y que en términos jurisprudenciales sostiene que “en materia disciplinaria, se pueden presentar tres variedades de concursos de faltas disciplinarias: 1 ) cuando un mismo comportamiento humano subsume dos o más tipos disciplinarios que no se excluyen entre sí, caso en el cual se tratará de un concurso ideal o aparente; 2 ) cuando varias acciones llevadas a cabo con un mismo propósito, vulneran, en diversas oportunidades, el mismo deber funcional, es decir, se tratará de una falta disciplinaria continuada y 3 ) cuando unas o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el mismo funcionario público con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas, caso en el cual se estará ante un concurso material o real” [24].

Así mismo ha desarrollado jurisprudencia en relación entre el principio y las sanciones penales según la cual el examen de la suficiencia o el exceso de una sanción penal respecto del delito para el cual se contempla implica un juicio de valor que, salvo en aquellos casos de desproporción manifiesta o evidente irrazonabilidad, escapa a las atribuciones del juez constitucional. Sobre este tema ha dicho, por ejemplo, que “bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos

---

23 Observatoriodih.org “Del Principio de Proporcionalidad y sus complejidades.” Disponible en [http://www.observatoriodih.org/\\_pdf/proporcionalidad.pdf](http://www.observatoriodih.org/_pdf/proporcionalidad.pdf)

24 Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002. Magistrada ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ..

comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.” Es decir, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, adoptar la política criminal que se adecue a la situación social del momento y al juicio que en determinada circunstancia llegue a hacer de la incidencia social de ciertas conductas ilícitas. Es este un terreno donde confluye un amplio margen de discrecionalidad, al cual corresponde un correlativo examen laxo de constitucionalidad. Por eso, sólo en el evento de desproporcionalidad manifiesta podría la Corte retirar del ordenamiento la disposición que fija una sanción penal. Los anteriores criterios vertidos en materia de política criminal, bien pueden ser trasladados al terreno del derecho disciplinario, que también constituye una faceta de la actividad punitiva del Estado. De esta manera, solo en caso de desproporción manifiesta de la sanción prevista cabría retirar la declaración de inexecutable de la disposición correspondiente. [25].

Adicional a los señalamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es importante analizar el alcance de la proporcionalidad en situaciones no reguladas por el DIH, que es importante para comprender el uso proporcional de la fuerza, dado que éste condiciona el ámbito específico de regulación de manera que el que ha de atribuírsele en situaciones suscitadas en el seno de un conflicto armado difiere sustancialmente del que le corresponde en cualquier otra situación. A consecuencia de lo advertido por la que pudiera ser considerada la más respetada de las autoridades en la materia, de entrada es incuestionable que el examen de proporcionalidad sobre el empleo de las armas de fuego en desarrollo de una operación militar, planeada y ejecutada bajo las reglas propias del Derecho Internacional Humanitario, no puede asimilarse, ni arrojar idénticos resultados, al que pudiera hacerse al mismo uso de la fuerza en situaciones no constitutivas o relacionadas con un conflicto armado.[26]. En este sentido es importante reconocer los contextos y el uso de la fuerza difiere en cada uno de ellos, el uso de la

---

25 Desarrollado en las Sentencias C-037 de 1997, C-565 de 1993, C-070 de 1996, C-118 de 1996.

26 Observatoriodih.org “Del Principio de Proporcionalidad y sus complejidades.” Disponible en [http://www.observatoriodih.org/\\_pdf/proporcionalidad.pdf](http://www.observatoriodih.org/_pdf/proporcionalidad.pdf)



fuerza o de las armas de fuego para hacer cumplir la ley es, obviamente, una medida extrema” en tanto que “en un conflicto armado la situación es muy distinta”. [27].

Para lograr esta parte es necesario que el examen de los contextos se logra por vía de un ejercicio de balanceo entre dos valores específicos: la gravedad del delito y el grado de intensidad de la fuerza empleada por el funcionario. Es en este contexto en que importa determinar el peligro que representaba el delito o el agresor a fin de contrastarlo con el tipo de respuesta del funcionario, de tal manera que quien esté llamado a efectuar dicho examen le corresponderá determinar si el uso de las armas que se hubiere dado por parte de éste en el caso concreto respondía a una agresión o peligro extraordinariamente grave que hiciera inane cualquier otra medida de disuasión o empleo de fuerza no letal. [28].

En lo que se relaciona con los ataques militares y la dinámica de las hostilidades, implica necesariamente que planeamiento y ejecución de las operaciones militares, en última medida, no tiene otro fin distinto que el de dirigir ataques contra objetivos militares con lo que se contribuya al debilitamiento de la capacidad logística u operativa de la contraparte o, en otras palabras, su esfuerzo de guerra. En consecuencia, Derecho Internacional Humanitario autoriza el empleo de las armas, incluido su uso letal, dirigidos a las personas o bienes que de conformidad con estas mismas normas constituyan objetivos militares. En este sentido desde la dimensión del conflicto armado y en relación con el Derecho que regula la guerra, se asume como inevitable la pérdida de vidas y bienes civiles protegidos, dada la complejidad connatural a las acciones de guerra; bajo el concepto de —daños incidentales<sup>27</sup> comprende las eventuales afectaciones a bienes y personas protegidas, las que sólo se considerarán lícitas, y por tanto permitidas, en la medida en que no supongan un exceso en consideración de la ventaja militar concreta y directa prevista.<sup>[29]</sup>

---

<sup>27</sup> Ibidem, p.4

<sup>28</sup> Ibidem, p.6

<sup>29</sup> Ibidem, p. 11

Esto tiene implicaciones de hondo calado al momento de examinarse la proporcionalidad de un determinado ataque en contra de objetivos militares. Pues bien, a diferencia de los valores que se compensan en cualquier otra situación, en las hostilidades importa única y exclusivamente compensar la ventaja militar concreta y directa prevista con el ataque y los daños de inevitable ocurrencia que incidentalmente pudieran producirse a personas y bienes protegidos. Para nada importa, a la hora de definir si el ataque fue o no proporcional, el peligro real o concreto que represente el objetivo militar o la superioridad táctica o posición ventajosa que tenga quien lanza el ataque por sobre quien es objeto del mismo; para el Derecho Internacional Humanitario sólo será desproporcionado el ataque que produzca daños excesivos en bienes y personas protegidas. [30].

Sin embargo, no son pocas las oportunidades en que el examen judicial seguido a una acción militar llevada a cabo en el marco de las hostilidades, se centra en establecer el número de integrantes de las fuerzas enfrentadas y hasta su capacidad armada, resultando en apreciaciones tan absurdas como el mismo ejercicio de comparación efectuado. Por lo que tampoco son extraños a la práctica judicial colombiana, juicios en contra de militares por la supuesta desproporción en el uso de sus armas de fuego, en consideración a la superioridad táctica que, en el caso concreto, ostentaba su Unidad con respecto a número de individuos objeto del ataque, no obstante constituir objetivos militares. Los valores comparados, en casos como el aludido, corresponderían a los mismos que deberían examinarse en cualquier otro evento no reglado por las normas regulatorias de la guerra. Frente a lo cual es importante exponer las ideas de Hernández Hoyos (2000),

*“El principio de Proporcionalidad permite comparar y valorar los daños que una operación militar puede ocasionar a las personas y bienes civiles, con la ventaja militar directa y concreta que se busca. (...) la regulación jurídica de los medios y métodos de guerra está dominada por el principio de la paridad de los beligerantes y el principio concomitante del respeto debido por cada uno de ellos a los intereses*

y valores de índole humanitaria. Por eso, la interacción que domina la evaluación de la proporcionalidad en el *jus in bello* está relacionada en este caso con la ventaja militar que cada beligerante intenta alcanzar y con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular —aunque no sólo— entre los civiles y las personas protegidas. Es de sobra sabido que ésta es la estructura conceptual en que se basa la evaluación de la proporcionalidad estipulada en el artículo 51.5 b) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que considera indiscriminados y, por lo tanto, prohibidos “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”<sup>14</sup>. Los elementos de esta cláusula llevan a la conclusión de que se ha convertido hoy en una norma del derecho consuetudinario, aplicable incluso más allá del ámbito *ratione personae* del Protocolo I.

Las normas que no imponen una forma de conducta específica a los beligerantes, sino que requieren en lugar de ello una prueba de proporcionalidad, se aplican en situaciones en las que el equilibrio entre los valores no está predeterminado por la ley, sino que debe alcanzarse en función de cada situación concreta, teniendo en cuenta la importancia relativa de los diversos intereses a la luz de las necesidades reales de la situación en cuestión. A falta de una regla abstracta de conducta, la labor de conciliar intereses enfrentados se asigna al Estado que emprende la acción, que debe aplicar una norma de proporcionalidad. (...). La proporcionalidad no es una norma de conducta, sino una norma que exige un equilibrio entre valores antagónicos, como son el interés del beligerante en llevar a cabo una acción militar, por una parte, y el interés de los civiles que, aunque ajenos a la conducción de las hostilidades, pueden ser las víctimas de esa acción. [31].

---

31 HERNANDEZ HOYOS, Diana. *Derecho Internacional Humanitario*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, 2000 p.384.

Así, la proporcionalidad del uso de la fuerza en una y otra situación difiere en la medida en que, mientras en situaciones que no habilitan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se busca regularla, en procura de limitar al máximo los daños en la integridad física de las personas que son objeto de la misma, en las hostilidades se pretende igualmente limitar la fuerza a fin de proteger la integridad de quienes no deben ser objeto de ataques directos. En esa medida, el principio de proporcionalidad como límite al empleo de la fuerza letal por quienes han tomado parte en las hostilidades procura evitar afectaciones innecesarias en bienes y personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en atención a la ventaja militar que puedan reportar los ataques sobre objetivos militares, por lo que no conlleva una prohibición de estos ni mucho menos una graduación en la letalidad de la fuerza empleada. [32]. Y estos elementos deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos en los procesos sancionatorios.

#### **4. Críticas al principio de proporcionalidad**

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

---

32 Observatoriodih.org “Del Principio de Proporcionalidad y sus complejidades.” Disponible en [http://www.observatoriodih.org/\\_pdf/proporcionalidad.pdf](http://www.observatoriodih.org/_pdf/proporcionalidad.pdf)

En nuestra crítica al sistema sancionatorio, principalmente a como se rige el principio de proporcionalidad en los fallos disciplinarios contra los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, resulta fundamental que para la adecuación de la falta y la posterior sanción, no solo se tenga en cuenta el grado de culpabilidad, si existió o no ilicitud sustancial o si se afectó la función pública, sino que también se observen las calidades y cualidades del infractor, así como de quien pretende sancionar. Es cierto que el fallador es quien conoce a través de la etapa instructiva como se dieron los hechos materia de investigación, pero cuando existen aspectos subjetivos o se encuentran intereses políticos o personales la apreciación del fallador nunca será objetiva.

El fin del disciplinado no siempre es doloso y en muchas ocasiones determinar la culpabilidad en sede de culpa grave o gravísima se torna meramente subjetivo, puesto que del capricho del fallador se infiere que el disciplinado actuó sin tener cuidado, por ejemplo, de los generadores de la culpa, razón que lleva a sancionar ateniéndose exegéticamente a la norma positiva, dejando a un lado el fin con el que el infractor desplegó la conducta, toda vez que la ley así no lo determina.

La Corte Constitucional en providencia C-125 de 2003, estableció que la potestad sancionadora del estado se hace necesaria para el correcto funcionamiento de la administración pública generando así el cumplimiento de los fines del estado.

*Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines<sup>4</sup>, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya*

*observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”.*

Resulta claro entonces que la finalidad de la potestad sancionadora de la administración consiste en permitirle el adecuado logro de sus fines, mediante la asignación de competencias para sancionar el incumplimiento de sus decisiones.

Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

*Esta finalidad particular del derecho disciplinario estricto, es decir del referido a los servidores públicos, delimita la libertad de configuración legislativa en la materia. Las sanciones imponibles deben perseguir una finalidad disuasoria de conductas que impidan la efectividad de los mencionados principios que rigen la función pública, la punición de las mismas con fines correccionales, o el retiro del servicio de aquellos funcionarios cuya conducta extrema compromete de manera grave la realización de esos principios constitucionales. A esta realidad se refiere concretamente el artículo 16 del Nuevo Código Disciplinario Único cuando afirma lo siguiente:*

***“Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.” C125\03***

Ateniéndonos a lo acogido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tenemos entonces que la potestad disciplinaria de la administración tiene alcances suficientes para imponer a los servidores correctivos traducidos en sanciones que claramente afectaran libertades personales y laborales, dichas sanciones vulneran el proyecto de vida de la persona, sin embargo cumplen con la función disuasoria y correccional para evitar así que en un futuro otros sujetos que se encuentren bajo la relación especial de sujeción con el Estado pudiesen cometer conductas en busca del detrimento administrativo.

Sin embargo es de aclarar que como dichas sanciones afectan claramente el proyecto de vida de una persona y no solo del funcionario público sino de todo un núcleo familiar, todas aquellas sanciones que deben ser impuestas deben ser revisadas con excesivo cuidado y en busca siempre de aspectos que lleven al fallador a la conclusión que la pena a imponer debe estar con forme a aspectos objetivos como son los antecedentes positivos o negativos, ayuda a la administración en el esclarecimiento de la falta, confesión, reparación, entre otros muchos que demostrarían que el funcionario es consciente de la falta cometida, demuestra actitudes de no repetición y así respetaríamos uno de los fines de la administración del estado “la eficiencia” tanto administrativa como sancionatoria sin desconocer los principios de proporcionalidad y aún más pertinente debido proceso.

Siguiendo de modo integral el anterior orden interpretativo, a partir de la conceptualización y caracterización que la jurisprudencia ha expuesto del principio de

proporcionalidad, se concluye que este puede ser aplicado en dos sentidos: como norma jurídica de carácter vinculante en derecho disciplinario (en sentido amplio), de un lado, y como un subprincipio del juicio de proporcionalidad (en sentido estricto), de otro. Sin embargo, en nuestra disciplina no es fácil aplicar esta atractiva propuesta, especialmente en lo que atañe a la primera hipótesis, por el respeto y sumisión que se tiene al principio de legalidad, pues la ley señala una sanción para cada falta o infracción y ello impide que sea el intérprete quien escoja una sanción diferente a la que está prevista, atendiendo a unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad por encima de la legalidad.

## **5. Conclusiones**

El presente escrito tenía como objetivo proponer un debate sobre la importancia que tiene la proporcionalidad de la sanción en el derecho disciplinario como última medida para proteger la función pública, sin afectar la dignidad del disciplinado, pero si con la absoluta certeza de corregir los errores cometidos por los funcionarios y encausar la administración del Estado siguiendo los parámetros establecidos en la Constitución Política de Colombia.

Para ello es importante reconocer la importancia del principio de proporcionalidad pero que el desarrollo del mismo desde el marco constitucional debe darse de la mano con el análisis del contexto en el que se desarrollan las acciones de las Fuerzas Militares, en un escenario de seguridad jurídica.

Esta seguridad jurídica debe encontrarse cimentada por acciones conjuntas entre el Ministerio de Defensa Nacional y los operadores jurídicos, que permitan en conocimiento amplio de lo que significa el derecho operacional, el derecho de guerra y el Derecho Internacional Humanitario, así como las dimensiones del uso de la fuerza en un contexto de la asimetría del conflicto armado colombiano sin talante internacional.



La falta de correspondencia de los mencionados elementos ha provocado que muchos integrantes de las Fuerzas Militares se vean injustamente incurso en procesos penales y disciplinarios por casos totalmente relacionados con el servicio. En este sentido el principio de proporcionalidad no debe ser comprendido sólo como relacionado con el concepto de razonabilidad que debe acompañar las medidas adoptadas por el legislador como respuesta al comportamiento que estima antijurídico”, lo que lleva a concluir que “las penas o sanciones que defina el legislador en ejercicio de sus atribuciones y, sobre todo, de la potestad punitiva del Estado, deben ser equitativas o simétricas con los delitos o las faltas [...], adecuadas al grado de intensidad del daño o perjuicio causado con la conducta que se reprocha”, pero que además en el caso de las Fuerzas Militares los operadores jurídicos debe tenerse en cuenta elementos como el conflicto armado interno, el conocimiento del Derecho Operacional, el Derecho Internacional en Conflictos Armados, entre otros.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

### DOCTRINA

ALEX Y R. A Theory of Constitutional Rights, Oxford University, 2002, p. 74.

ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío. *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, 4.<sup>a</sup> ed. Universidad Externado de Colombia, 2014. 1138pgs

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 2012.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen II. Obra Colectiva. 2007. Imprenta Nacional, Bogotá.

TIRADO BARRERA J, “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”, en: Revista Derecho Público N° 67, 2011.

SARIMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo – Un análisis jurídico desde el derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. *Derecho administrativo sancionador – Materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

LÓPEZ MORA, María Mercedes. “Acerca del principio de proporcionalidad en la dosimetría de la sanción disciplinaria”, en: *Colección jurídica disciplinaria – Obra Colectiva*, Volumen III, Ediciones Nueva Jurídica, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá, 2013.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador – Una aproximación dogmática*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2009.

ROA SALGUERO, David Alonso y FERRER LEAL, Héctor Enrique. *El proceso verbal en el código disciplinario único*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012.

.

*JURISPRUDENCIA:*

Corte Constitucional:

- Sentencia C-591 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-285 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-310 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-1076 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-252 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-391 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

- Sentencia C-796 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-393 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-121 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-561 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-162 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 20 de marzo de 2014, radicación No. 2746-2012, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación No. 0263-2013, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 11 de marzo de 1999, radicación No. 13299, C.P. Silvio Escudero Castro.